XVII.

Ueber fr. 1. §. 9. D. de separationibus.

Von Herrn Professor Dr. Fritz in Freiburg.

§. 1.

Das fr. 1. D. de separationibus (42, 6.) ist, nach seiner inscriptio, entnommen aus Ulpians Werk ad Edictum, und zwar aus dem vier und sechzigsten Buche desselben [1]). Es ist darin vor und nach dem §. 9., wie in allen übrigen Fragmenten desselben Pandektentitels, von nichts anderem die Rede, als von dem bekannten beneficium separationis der Erbschaftsgläubiger und Legataren [2]). Im §. 9. aber heißt es:

> Si filiifamilias bona veneant, qui castrense peculium habet; an separatio fiat inter castrenses creditores ceterosque? videamus. Simul [3]) ergo ad-

1) Aus dem drei und dreißigsten Buche desselben Werkes ist fr. 7. D. de rastr. pec. entnommen, welches die Ansicht für die richtigere erklärt, wonach auch die nicht castrensischen Schulden aus dem castrensischen Peculium bezahlt werden müssen, ohne daß es auf eine Ausnahme aufmerksam macht. Es lautet also: „Si castrense peculium maritas habeat, in quantum facere potest, condemnabitur; quia etiam non castrensibus creditoribus ex eo peculio, magis est, eum cogi respondere."

2) Im §. 8. wird die Frage beantwortet: Si Primus Secundum heredem scripserit, Secundus Tertium, et Tertii bona veneant: qui creditores possint separationem impetrare? Und im §. 10. ist von dem Verlust des beneficii separationis durch eine novandi animo mit dem Erben eingegangene Stipulation die Rede.

3) Schon der Glosse fällt es auf, daß hier ohne Vorausschickung eines Grundes, mit „ergo" geantwortet zu werden scheint.

mittentur, dummodo si qui cum eo contraxerunt, ante quam militares, fortasse debeant separari; quod puto probandum: ergo qui ante contraxerunt, si bona castrensia distrahantur, non possunt venire cum castrensibus creditoribus. Item si quid in rem patris versum est, forte poterit et creditori contradici, ne castrense peculium inquitet, cum possit potius cum patre experiri.

§. 2.

Man hat bisher einstimmig angenommen: Ulpian spreche hier gewissen Gläubigern des filiusfamilias, die man wohl gewöhnlich creditores peculii castrensis nennt, das Recht zu, in dem Concurs das castrense peculium zu ihrer vorzugsweisen Befriedigung von den übrigen Peculien so zu separiren, wie die Erbschaftsgläubiger und die Legataren die Erbschaft zu ihrer vorzugsweisen Befriedigung von dem Vermögen des Erben unter gewissen Voraussetzungen zu separiren berechtigt sind.

Ueber diesen angeblichen Separationsfall drückt sich Dabelow [4]) folgendermaaßen aus:

„Unter den Quasi-Separatisten [5]) nehmen ferner auch 2. „die Gläubiger eines Haussohnes, welche ihm „in Ansehung seines castrensischen Peculii etwas „vorgestreckt haben, ihren Platz ein. — Diese können

Sie hält es für wahrscheinlich, daß der Satz, der mit „Simul ergo" angeht, eine Frage sey. Könnten nicht etwa auch Justinians Compilatoren den, von Ulpian angegebenen, Grund der Kürze halber weggelassen haben?

4) Ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger, S. 348 und 349.

5) Mit diesem Ausdrucke bezeichnet dieser Schriftsteller, wie manche andere, diejenigen, welche noch außer den Erbschafts-Gläubigern und Legataren (den eigentlichen Separatisten) eine separatio ex jure crediti verlangen können.

„die Absonderung des Peculii von seinen anderen Gütern „vor den übrigen Gläubigern verlangen, welche dem „Haussohn in Ansehung des Sonderguts keine Vorschüsse „geleistet haben. Am deutlichsten [6]) zeigt dieses neben „der L. 7. D. de castrens. pecul. die L. 1. §. 9. D.

6) Es findet sich, meines Wissens, keine Stelle im Corpus Juris, oder sonst in einem Dokumente des Alterthums, worin das, was in dem citirten §. 9. enthalten ist, deutlicher oder weniger deutlich gesagt wird. Ich kann mich übrigens nicht enthalten, hierauf fr. 17. §. 1. D. de testam. mil. (29, 1.) aufmerksam zu machen: theils um zu bemerken, daß sie von einem ganz anderen Falle redet, als die Stelle, von welcher hier die Rede ist; theils um durch ein Beispiel zu beweisen, wie wenig die Römer mit dem Gedanken vertraut waren, über das castrensische Vermögen zum Vortheil gewisser Gläubiger und zum Nachtheil der übrigen einen Separatconcurs zu gestatten; theils endlich um anzudeuten, daß ich nun eine Stelle gefunden habe, welche analog anzuwenden seyn möchte auf die früher (Archiv f. c. P. B. XI. H. I. N. 2.) von mir aufgeworfene Frage: wie die Schulden eines Haussohns zwischen dem testamentarischen Erben, der nur das militarische Peculium erhält, und zwischen dem Intestaterben, der die bona *adventitia* erhält, zu theilen seyen? Diese, aus Gaji L. 15. ad Edict. prov. entnommene, Stelle redet von dem Falle, wenn ein Soldat, der *sui juris* ist, zwei Erben ernannt, den einen für sein castrensisches, den andern für sein übriges Vermögen. Das Verhältniß der beiden Eingesetzten wird dahin angegeben, daß jeder als Erbe einer andern Person anzusehen sey, und daß daher auch die castrensischen Schulden (wie die castrensischen Forderungen) an den castrensischen, dagegen die *extra castra* contrahirten Schulden (so wie die nicht castrensischen Forderungen) an den nicht castrensischen Erben fallen sollen. Jedoch wird die bedeutende Modifikation hinzugefügt: wenn der eine der beiden Erben angetreten habe, und der andere der Schulden wegen nicht antreten wolle; so sey der erstere anzuhalten: „aut defendere totam heriditatem aut totam solvere creditoribus.“ Vergl. auch fr. 16. D. de compensationib. (16, 2).

„de separat. Nach diesem Gesetze wird den Gläubigern, „die einem Haussohne in Ansehung seines castrensischen „Sonderguts Vorschüsse gethan haben, die Rechtswohl„that der Absonderung durchaus verstattet, so bald nur „diese Vorschüsse so geschehen sind, daß der Haussohn „davon allein Nutzen gehabt hat. Ist der Vorschuß zwar „mit Hinsicht aufs castrensische Peculium geschehen, aber „etwas davon auf das Vermögen des Hausvaters oder „sonst zu dessen Nutzen verwendet worden, daß der Gläu„biger auch gegen den Hausvater klagen kann, so muß „er sich, insoweit die Verwendung nachgewiesen werden „kann, an diesen halten, und darf nicht zu den castren„sischen Gläubigern gezählt werden. — Wegen der Be„dingungen, unter welchen die Gläubiger eines Haussohns „nur als creditores peculii castrensis angesehen wer„den können, herrscht in dem Gesetze einige Dunkelheit. „Aus den Worten: qui ante contraxerunt, mit dem „Nachsatze: Item qui u. s. f. läßt sich jedoch die Sache „füglich folgender Gestalt bestimmen. Soll Jemand als „creditor peculii castrensis mit Hinsicht auf die Se„paration angesehen werden können, so muß er dem Haus„sohne Geld vorgeschossen haben, nachdem dieser schon „sich den Kriegsdiensten gewidmet hatte, denn eher läßt „sich bei diesem gar kein peculium castrense annehmen. „Ferner muß mit ausdrücklicher Hinsicht auf das castren„sische Peculium das Geld vorgestreckt worden seyn. Ob „das peculium castrense zur Zeit der Anleihe schon „vorhanden war oder nicht, konnte nicht in Betrachtung „kommen; es konnte auch das zukünftige peculium ca„strense verschrieben werden, so wie man sein zukünf„tiges Vermögen verpfänden konnte [7].«

7) Wie soll sich nun diese Verschreibung von einer wahren Verpfändung unterscheiden? warum soll sie nicht auch gelten, wenn das Aufgenommene *in rem patris* verwendet worden ist, und außer dem Fall eines Geldvorschusses?

Die Punkte, worin andere Schriftsteller von Dabelow abweichen, sind hauptsächlich [8]) folgende: Vor Allem schreiben sie das fragliche Recht nicht blos denjenigen zu, welche mit bestimmter Rücksicht auf das castrensische Peculium creditirt haben, oder welchen dasselbe, wie Dabelow am Ende der abgedruckten Stelle sich ausdrückt, verschrieben worden ist. Sodann setzen sie demjenigen, welcher dem Haussohne ein Gelddarlehn gegeben hat, welchem Dabelow den fraglichen Vorzug allein einzuräumen scheint, jedem anderen gleich, der durch Vertrag sich eine Forderung erworben hat. Und endlich wollen Manche das nämliche Separationsrecht auch bei dem *quasi castrense* peculium zulassen [9]).

§. 3.

Offenbar bietet unsere Stelle bedeutende Schwierigkeiten dar. Eine große Schwierigkeit liegt darin, daß Ulpian die Frage, die er im Eingang der Stelle aufwirft, nicht deutlich ausspricht, und uns auch den Schlüssel zu ihrem Verständniß vorenthält, den er uns gäbe, wenn er uns sagte, wie er dazu komme, diese Frage mitten in der Lehre von dem Separationsrecht der Erbschaftsgläubiger abzuhandeln. Die Dunkelheit der Frage erschwert uns natürlich das Verstehen der Antwort. Damit uns dieses aber noch schwieriger

8) Andere Abweichungen lassen sich bei der compendiarischen Sprache der Lehrbücher nicht mit Sicherheit annehmen. So kann man z. B. nicht mit Sicherheit annehmen, daß Thibaut (Pandekten-System 7te Aufl. §. 1022.) durch die Worte: „wenn Jemand mit einem Soldaten contrahirt hat,“ den Fall, wenn der Vertrag zu einer Zeit abgeschlossen worden ist, wo der Promittent nicht mehr Soldat war, aus- und dagegen den Fall, wo der Inhaber eines ehemaligen castrensischen Peculiums, nachdem er *sui juris* geworden, aber noch als Soldat, contrahirt hat, mit einschließen wolle.

9) Z. B. Schweppe römisches Privatrecht §. 658; Mackeldey Lehrbuch des heutigen römischen Rechts. 8te Aufl. §. 778. B.

werde, sind uns die Gründe, durch welche der Jurist sich bestimmen läßt, fast ganz vorenthalten, was zum Theil auf die Rechnung der Compilatoren Justinians zu gehören scheint [10]). Und dazu kommt endlich noch für das praktische Recht der Umstand, daß jetzt das eigene Vermögen eines Haussohns von viererley Art seyn kann, während es zu Ulpians Zeit (was man bißher bei Erklärung unserer Stelle übersehen zu haben scheint,) immer nur von einerley Art war, nämlich castrense peculium [11]).

Bei allen diesen Schwierigkeiten scheint es mir aber kaum einem Zweifel unterworfen zu seyn, daß die bißherige Ansicht in der Hauptsache unrichtig ist, daß nämlich die Stelle kein Separationsrecht einiger Gläubiger des Haussohns, sondern eine Rangordnung aller Gläubiger desselben festsetzt. Auch wird es sich schwerlich läugnen lassen, daß manche Gläubiger nicht zurückgesetzt sind, denen man bißher das angebliche Separationsrecht abgesprochen hat.

Ich will es versuchen, diese Punkte sowohl, als die zweifelhafteren Fragen, wozu die Stelle uns nöthigt, zu erörtern. Und zwar will ich zuerst ihren ursprünglichen Sinn zu entwickeln, und dann nachzuzeigen suchen, wie sie heutzutage zur Anwendung zu bringen ist. Jedoch will ich mich in der gegenwärtigen Abhandlung auf den ersten Theil meiner Aufgabe beschränken und dem zweiten einen besondern Aufsatz widmen, der bald nachfolgen soll.

§. 4.

Um den ursprünglichen Sinn der Stelle vollständig zu eruiren, müssen wir drei Fragen zu beantworten suchen.

---

10) S. oben Note 3.

11) Das *quasicastrense* peculium, so wie die Bestimmungen, wonach die s. g. bona *adventitia* dem Haussohne, bald als freies Eigenthum (extraord.), bald nur quoad proprietatem, gehören, rühren bekanntlich erst aus der Zeit der christlichen Kaiser her.

Es fragt sich erstens: von welchem Concurs gilt das, was Ulpian hier angibt? Gilt es etwa, wie der Ort, wo es abgehandelt wird, vermuthen läßt, nur bei einem Todesfall, und bei welchem? Und wenn es von dem Concurs eines lebenden filiusfamilias gilt, leidet es auch Anwendung auf den Concurs, der erst nach seinem Tode ausbricht, oder nachdem er *sui juris* geworden ist?

Es fragt sich zweitens: worin besteht der Vorzug, welcher hier einigen Gläubigern vor den übrigen zugeschrieben wird, oder worin besteht die Zurücksetzung, gegen jene, welche sich diese sollen gefallen lassen müssen? Spricht die Stelle von einer Trennung des castrensischen Peculiums von dem übrigen Vermögen des Haussohns, oder von einer Rangordnung der Concursgläubiger, oder von etwas anderem?

Es fragt sich endlich drittens: wer gehört zu den vorgezogenen und wer zu den zurückgesetzten Gläubigern, und in welchem Verhältniß stehen die letzteren zu einander? Wenn man die zweite Frage auf die gewöhnliche Weise beantwortet, oder dahin, daß gewisse Gläubiger von dem Concurse ganz auszuschließen seyen; so braucht diese dritte Frage freilich nur zur Hälfte aufgeworfen zu werden. Wenn aber der Vorzug der castrenses creditores und derer, die ihnen etwa gleichstehen, darin besteht, daß sie die erste Klasse bilden; dann fragt es sich: gehören diejenigen, qui cum eo contraxerunt, antequam militaret, und die creditores, von denen man sagen kann: possunt potius cum patre experiri, zusammen in eine zweite Klasse, oder stehen die einen den andern nach, so daß die Stelle von drei Klassen redet?

A. Von welchem Concurs ist in der Stelle die Rede?

§. 5.

Der Fall, von welchem die Stelle redet, wird mit den Worten bezeichnet: *Si filiifamilias bona veneant, qui*

castrense peculium habet, und später mit den Worten: *si bona castrensia distrahantur*. Aus diesen Worten geht unwiderleglich hervor, daß von einem Concurs über das Vermögen eines filiusfamilias, d. h. über ein castrense peculium, die Rede ist. Ob ein Todesfall vorausgegangen seyn müsse, oder nicht, wird nicht ausdrücklich gesagt; und wenn wir anzunehmen haben, daß die Stelle nur von einem solchen Falle rede: so kann der Grund nur darin liegen, daß unmittelbar vor unserm Paragraphen und unmittelbar nach demselben, ja in dem ganzen Titel, nur von dem Falle die Rede ist, wenn Erbschaftsgläubiger und Legatar das beneficium separationis impetriren. Man kann streiten darüber: ob dieser Grund entscheidend sey, oder nicht. Mir scheint er entscheidend zu seyn. Aber das Resultat ist, was den Punkt betrifft, von welchem wir jetzt handeln, ganz dasselbe, wie wenn Ulpian allgemein redete. Ich argumentire so: Ist der fragliche Grund entscheidend, so redet Ulpian von einem Falle, wo bei einem Erben Concurs ausgebrochen, und die Erbmasse von dem Vermögen des Erben separirt ist. Er wirft nun in Beziehung auf diese Separation die Frage auf, deren Beantwortung unsere Stelle gewidmet ist. Wahrscheinlich bezieht sich die Frage, wie auch die Glosse [12]) anzunehmen scheint, auf den Separations-Concurs, nicht auf den Haupt-Concurs. Ist diese Voraussetzung richtig, so ist der Fall, um welchen es sich handelt, der, wenn der Erblasser, dessen Gläubiger sich des beneficii separationis bedienen, ein filiusfamilias war, und die Activa der Erbschaft in einem castrense peculium bestehen. Nun wird aber durch die Impetration der Separation der Erbmasse für die Impetranten die Lage herbeigeführt, in welcher sie wären,

---

12) Zu den Worten: „cum castrensibus creditoribus" sagt diese Glosse: hoc postulantibus. Habentur enim castrenses ut hereditarii, cum et hoc periculum hereditas est. Freilich beruft sie sich aber für diesen Satz auf fr. 17. §. 1. D. de testam. mit. Darüber s. oben Note 6.

wenn der Erblasser noch lebt, und in Concurs geriethe [13]). Also kann man von demjenigen, was Ulpian in unserer Stelle von dem Verhältniß der Separatisten zueinander sagt, einen bindenden Schluß machen auf das Verhältniß zwischen den Gläubigern eines bei seinen Lebzeiten in Concurs gerathenden Haussohns. So steht es, wenn Ulpian von dem Separat-Concurs über die Erbmasse uns nicht von dem daneben Statt findenden Haupt-Concurs über das Vermögen des Erben redet. Daß jenes wahrscheinlicher ist, als dieses, wird jeder zugeben, der das Vorausgehende, unsere Stelle selbst, und das Nachfolgende aufmerksam liest. Aber selbst wenn man annehmen wollte, es sey von dem Haupt-Concurs die Rede, selbst dann wäre das Resultat das nämliche. Dann wäre nämlich der Fall, um den es sich handelt, folgender. Ein filiusfamilias ist auf eine solche Weise Erbe geworden, daß die Erbmasse sein Vermögen, also castrense peculium, geworden ist [14]). Wegen seiner Schulden impetriren aber die Erbschaftsgläubiger Separation, und über sein übriges castrensisches Vermögen bricht der Haupt-Concurs aus. Auf diesen haben sich diejenigen Gläubiger des filiusfamilias einzulassen, welche entweder nicht zu

---

13) fr. 1. §. 1. (v. „non facit meam deteriorem conditionem adeunda; quia licet mihi separationem impetrare") D. de separationib.

14) In allen andern Fällen würde bekanntlich zu Ulpians Zeit die dem filiusfamilias deferirte und von ihm acquirirte Erbschaft dem Vater erworben. Als Erbe ist dieser auch Schuldner, wo es der Erblasser war, und muß die Vermächtnisse anerkennen, die der Erblasser auf die fragliche Portion gelegt hat; und deswegen konnte der filiusfamilias, den im Texte bezeichneten Fall ausgenommen, eben so wenig als der Sclave, ohne Befehl des Vaters eine hereditas adiren, oder eine B. P. agnosciren. Beispiele von Erbschaften, die in das castrense peculium fallen, s. in fr. 13. fr. 19. pr. §. 1. D. de castr. pec. (49, 17).

den Erbschaftsgläubigern und nicht zu den Legataren gehören, oder von der Separation keinen Gebrauch machen wollen. Wie es nun unter diesen gehalten werden soll, davon spricht Ulpian. Da aber in dem Falle der Coexistenz eines Separat-Concurses von dem Haupt-Concurse, nach einer allgemeinen Regel, keine Grundsätze gelten, die nicht auch alsdann gelten, wenn der Haupt-Concurs der einzige ist, so kann man von diesem Falle auf alle schließen, wo ein filiusfamilias, der ein castrensisches Peculium hat, in Concurs geräth.

§. 6.

Nach dem Bisherigen gilt das, was unsere Stelle sagt, von jedem Falle, wo ein lebender filiusfamilias mit seinem castrense peculium, dem einzigen eigenen Activ-Vermögen, das er haben kann, in Concurs geräth; und man kommt zu diesem Resultat, man mag annehmen, daß Ulpian diesen Fall wirklich vor Augen habe, oder daß er zunächst von einem mit einem Todesfall verbundenen Concurs rede.

Nun fragt es sich aber: leidet die Stelle auch Anwendung auf den Concurs über das Vermögen eines verstorbenen filiusfamilias, und auf den Concurs über das Vermögen eines homo *sui juris*, dessen Activa oder Passiva ganz oder zum Theile aus der Zeit herrühren, wo er noch in der väterlichen Gewalt stand?

Ein verstorbener filiusfamilias wird zu Ulpians Zeit entweder beerbt, oder sein Vermögen, d. h. sein castrense peculium fällt *jure peculii* an den Vater. Jenes ist der Fall, wenn er ein gültiges und wirksames Testament hinterläßt, dieses, wenn er *intestatus* stirbt [15]. Müssen die Gläubiger eines beerbten filiusfamilias ihr Heil im Concurs versuchen, so impetriren sie entweder die Separation der Erbmasse, d. h. des castrensischen Peculiums, oder sie lassen sich in den Haupt-Concurs ein.

15) fr. 2. D. de castr. pec. (49, 17).

Von dem ersten Falle ist meiner Ueberzeugung nach in unserer Stelle die Rede. Wenn sie aber auch zunächst von dem Concurs über das Vermögen eines lebenden filiusfamilias redete, so wäre sie doch auch hier anwendbar wegen des schon oben geltend gemachten Grundsatzes, daß die Erbschaftsgläubiger durch Erwirkung eines Separations-Concurses ganz in die Lage kommen, in welcher sie wären, wenn der Erblasser während dem Concurs noch lebte. Auf den zweiten Fall dagegen leidet unsere Stelle sicher keine Anwendung. Hier bildet nämlich die Erbschaft einen gewöhnlichen Theil der Concursmasse, dessen ehemalige Eigenschaft als castrense peculium ganz aufhört, und die Erbschaftsgläubiger, so wie die Legataren, welche nur eine persönliche Forderung haben, sind nichts mehr und nichts weniger als Gläubiger des Erben, deren Rang ganz von denselben Umständen abhängt, von welchen der seiner übrigen Gläubiger auch abhängt. So steht es, wenn der verstorbene filiusfamilias beerbt wird. Fällt sein castrensisches Peculium *jure peculii* an den Vater; so wird es ganz so behandelt, wie wenn es immer nur ein concessum peculium oder, wie wir sagen, ein peculium profectitium gewesen wäre; namentlich findet neben denjenigen s. g. actiones adjectitiae qualitatis, die auch, abgesehen von diesem Vermögen, gegen den Vater angestellt werden können, die actio de peculio noch ein Jahr lang gegen ihn statt [16]). Daß dabei in irgend einer Beziehung etwas anderes gelte, als wenn das fragliche Peculium von jeher ein peculium perfectitium gewesen wäre, wird uns nicht gesagt; wir müssen daher bei dem bleiben, was bei diesem Peculium gilt, wegen der allgemeinen Bestimmung, daß der Vater das castrensische Vermögen jure peculii i. e. peculii perfectitii in Anspruch zu nehmen habe. Da nun unsere Stelle von dem s. g. peculium profectitium nicht gilt, so ist sie auch hier nicht anwendbar.

---

16) fr. 17. D. eod. tit.

Auch dadurch, daß der filiusfamilias, bevor der Concurs über sein Vermögen ausbricht, auf irgend eine Weise **aus der väterlichen Gewalt heraustritt**, auch dadurch wird die Anwendbarkeit unserer Stelle offenbar verhindert. Auch hier verschwindet nämlich die besondere Eigenschaft des ehemaligen castrensischen Peculiums Es wird nicht mehr als Peculium betrachtet, so wenig als das s. g. profectitium peculium, welches dem ehemaligen Haussohn bei seinem Austritt aus der väterlichen Gewalt etwa gelassen wurde. Beide ehemalige Peculien bilden gewöhnliche Bestandtheile seines Vermögens, von denen ganz dieselben Grundsätze gelten, wie von allen übrigen [17].

Fassen wir das Resultat unserer Erörterungen über die Frage: auf welche Fälle unsere Stelle Anwendung leide? kurz zusammen, so ist es dieses: **Sie gilt in dem Fall, wenn über das Vermögen, d. h. das** *castrense peculium*, **eines lebenden** *filiusfamilias* **Concurs ausbricht, und in dem Fall, wenn die Gläubiger des verstorbenen und beerbten** *filiusfamilias* **die Separation der Erbmasse, d. h. des castrensischen Peculiums erwirken; aber in keinem anderen Falle.**

---

17) Stirbt der ehemalige filiusfamilias als homo sui juris, und hinterläßt Activ-Vermögen, welches er als filiusfamilias erworben hat, so lebt natürlich auch hier die ehemalige Eigenschaft nicht wieder auf. Als **Soldat** kann der Erblasser freilich für das ehemalige **castrensische Peculium** oder aber sein **castrensisches Vermögen überhaupt** einen besondern Erben einsetzen. Allein alsdann entscheidet nicht unsere Stelle, sondern das oben in der Note 6. besprochene fr. 17. §. 1. D. de testam. mil. kommt zur Anwendung.

B. Worin besteht der Unterschied, welcher in unserer Stelle zwischen verschiedenen Arten von Gläubigern gemacht wird?

§. 7.

Nehmen wir vorerst an, daß Ulpian zunächst von dem Falle redet, wenn die Gläubiger eines beerbten filiusfamilias die Erbmasse, d. h. das hinterlassene castrensische Peculium, zum Gegenstande eines (von dem Concurs über das Vermögen des Erben getrennten) Particular-Concurses machen! Was kann hier die Frage bedeuten: ob des Erblassers nicht-castrensische Gläubiger von den castrensischen zu separiren seyen? Was kann die Antwort auf diese Frage bedeuten, welche dahin gehet: sie seyen miteinander zuzulassen, nur seyen erstens gewisse Gläubiger (von denen unten näher die Rede seyn soll) zu separiren, diese dürfen nicht mit den castrensischen kommen, und zweitens könne man etwa auch noch einer gewissen anderen Art (die ebenfalls unter C. näher ermittelt werden soll) die Beunruhigung des castrensischen Peculiums untersagen, indem diese Gläubiger gegen den Vater klagen können? Was kann jene Frage und diese Antwort bedeuten? Ich kann der Ulpian'schen Frage keinen anderen Sinn abgewinnen, als den: haben bei diesem Separat-Concurs die nicht-castrensischen Gläubiger ganz dieselben Ansprüche, wie wenn sie zu den castrensischen gehörten, oder nicht? In der Antwort wird diese Frage für die regelmäßigen Fälle bejaht und für zwei Arten von Fällen verneint. Ueber den Sinn des bejahenden Theils der Antwort kann durchaus kein Zweifel seyn. Was dagegen den verneinenden Theil betrifft, so ist so viel außer Zweifel, daß die ausgenommenen Gläubiger nicht mit den castrensischen concurriren (also diese möglicherweise beschränken), oder gar ihnen vorgehen sollen; aber darüber enthält die Stelle keine ausdrückliche Bestimmung: ob diejenigen Gläubiger, welche nicht wie die castrensischen zu behandeln sind, von der Masse ganz

auszuschließen, oder ob sie nur nach denjenigen zuzulassen sind, welchen sie nicht in den Weg treten sollen? Bei dieser Frage muß man bedenken, daß es sich um Personen handelt, die, abgesehen von dem Concurs, als wahre Gläubiger des filiusfamilias anzusehen sind, und ihre Forderungen auch durch das castrensische Peculium geltend machen können [18]). Aus dieser Bemerkung folgt, daß diese Personen von dem Concurs des lebenden filiusfamilias unmöglich ganz ausgeschlossen seyn können. Denn wenn die übrigen Gläubiger noch etwas übrig-lassen, so können sie sich, nach Beendigung des Concurses, auf dem gewöhnlichen Wege der Special-Execution, so weit dieses reicht, daraus befriedigen; warum sollten sie es nun

18) Auf die Richtigkeit dieser Prämisse kommt hier alles an. Daß nun die hier in Frage stehenden Personen Gläubiger des filiusfamilias sind, und ihn belangen können, beweisen fr. 39. D. de O. et A. (44, 7) und fr. 57. D. de judiciis (5, 1). Daß diejenigen, welche mit dem filiusfamilias contrahirt haben, bevor dieser Soldat war, sich eben so gut an das castrense peculium halten können, wie alle übrige Gläubiger, beweißt das, oben in der Note 1. abgedruckte, fr. 7. D. de castr. pec. auf eine solche Weise, daß unsere Stelle mit dieser in direktem Widerspruche stehen würde, wenn sie das Gegentheil voraussetzte. Das fr. 7. stellt nämlich nicht nur die Ansicht, wornach auch die nicht-castrensischen Gläubiger sich an das castrense peculium halten können, als die richtige dar, ohne dabei zwischen solchen, die früher contrahirt haben, und anderen zu unterscheiden, sondern sie wendet dieses auch auf einen einzelnen Vertragsfall an, ohne als Merkmal dieses Falles anzugeben, daß das obligatorische Factum in eine spätere Zeit falle. Daß auch in dem Falle der versio in rem patris das castrense peculium angegriffen werden könne, liegt ebenfalls in dem fr. 7. Jedoch folgt dieses nur aus der hier aufgestellten Regel. Und es wäre daher denkbar, daß diese Regel eine Ausnahme erleide. Wenn diese aber angenommen werden soll, so muß sie auf unsere Stelle gestützt werden. Ob dieses nun geschehen könne? auf diese Frage werde ich unter C. wieder zurückkommen.

nicht eben so gut auch im Concurs können? Wenn nun die fraglichen Personen von dem Concurs des lebenden *filiusfamilias* unmöglich ganz ausgeschlossen seyn können, und wenn sie (was natürlich vorausgesetzt wird) nicht aus Gründen, die auch bei homines sui juris gelten, ihre Forderungen durch den Tod ihres Schuldners verlieren, so können sie auch von dem Concurs über die separirte Erbmasse ihres Schuldners unmöglich ganz ausgeschlossen seyn, denn durch die Separation der Erbmasse von dem Vermögen des Erben werden, wie schon mehrmals bemerkt wurde, sämmtliche Erbschaftsgläubiger, die von dem beneficium Gebrauch machen, ganz in die Lage gesetzt, in der sie seyn würden, wenn ihr verstorbener Schuldner noch lebte, und in den Concurs geriethe. So wäre denn bewiesen, daß unsere Stelle, in der einen von den zwei Bedeutungen genommen, welche sie nach der grammatischen Interpretation haben kann, mit bekannten Rechtsgrundsätzen im Widerspruche stehen würde. Wir müssen also nach einer bekannten hermeneutischen Regel es vorziehen, sie in der andern Bedeutung zu nehmen, nämlich in dem Sinne, daß sie gewissen Gläubigern des Haussohns nur insoweit einen Anspruch auf Befriedigung aus der Concursmasse gibt, als die übrigen noch etwas davon übrig lassen.

Bei dieser Argumentation bin ich von der, mir richtig scheinenden, Voraussetzung ausgegangen, daß die Stelle zunächst nur von dem Separat-Concurs über das Vermögen, d. h. über das castrensische Peculium, eines verstorbenen und beerbten filiusfamilias rede. Will man aber auch von der Voraussetzung ausgehen, daß sie zunächst von dem Concurs über das eigene Vermögen eines lebenden filiusfamilias rede; so führt dieselbe Argumentation auf dasselbe Resultat. Auch hier besteht die Concursmasse aus nichts anderem, als aus dem *castrense* peculium. Wenn nun hier gewisse Gläubiger nicht mit den andern kommen, wenn sie das Peculium nicht beunruhigen sollen; so kann dieses nicht heißen: sie

sollen sich an einen anderen Theil der Concursmasse halten; sondern es kann nur entweder heißen, sie sollen von dem Concurs ganz ausgeschlossen seyn, oder sie sollen erst nach den übrigen zu ihrer Befriedigung kommen. Da nun das Erste mit allgemeinen Grundsätzen im Widerspruche wäre, so müssen wir das Letzte als Inhalt der Stelle ansehen.

C. Welche Gläubiger sind nach unserer Stelle zurück zu setzen und gegen wen?

§. 8.

Die Gläubiger des filiusfamilias, welche zurückgesetzt werden sollen, werden zum Theil durch die Worte bezeichnet: *qui cum eo contraxerunt, ante quam militaret*, und zum Theil durch die Worte: *si quid in rem patris versum est.* Wir wollen nun zuerst sehen; wer die ersteren sind, und gegen wen sie zurückgesetzt werden müssen; dann wollen wir dieselben Fragen in Beziehung auf die letzteren zu beantworten suchen.

Man mag den Ausdruck „contraxerunt“ in einer so weiten Bedeutung nehmen, als man nur immer will, so werden durch die Worte: *qui cum eo contraxerunt*, *ante quam militaret*, keine Gläubiger bezeichnet, die ihre Forderungen erworben haben, nachdem der Schuldner bereits in den Soldatenstand getreten war. Es ist also nicht nur offenbar unrichtig, wenn Dabelow alle diejenigen hierher zählt, welche sich nicht für ein Geldanlehn das castrense peculium haben ausdrücklich verschreiben lassen, sondern es ist eben so offenbar unrichtig, wenn die gewöhnliche Ansicht alle diejenigen zurückgesetzt wissen will, die zwar erst, nachdem der Schuldner Soldat geworden war, aber auf eine andere Weise als durch Vertrag, seine Gläubiger geworden sind.

Es scheint mir auch, als ob durch die fraglichen Worte nicht alle diejenigen bezeichnet werden sollten, die vor dem

angegebenen Zeitpunkt auf irgend eine Weise Gläubiger des Haussohns geworden sind, sondern nur diejenigen, die es durch früher abgeschlossene Verträge geworden sind. Freilich wird der Ausdruck *contrahere* auch in einem weiteren Sinne gebraucht [19]), allein folgende Gründe müßten beweisen, daß dieses hier nicht der Fall ist. Erstens wird man von demjenigen, welcher durch eine widerrechtliche, oder sonst durch eine einseitige Handlung eines andern dessen Gläubiger geworden ist, schwerlich sagen: *contraxit cum debitore;* zweitens ist die Bedeutung, in welcher ich das Wort *contrahere* hier nehmen zu müssen glaubte, die gewöhnlichere, und im Zweifel muß ja der Interpret der gewöhnlichen Bedeutung eines Worts den Vorzug geben; und hierzu endlich drittens, daß man sich, wie es mir scheint, nur alsdann einen plausiblen Grund für Ulpians Aeußerung denken kann, wenn man sie in der gewöhnlichen Bedeutung nimmt. Der Gedanke, welcher Ulpian leitet, ist alsdann kein anderer, als der: Wer einem filiusfamilias, der nicht Soldat ist, creditirt, der begibt sich freiwillig in eine Gefahr, von welcher er nicht mit Wahrscheinlichkeit erwarten kann, daß er ihr während der Dauer der väterlichen Gewalt, durch Befriedigung aus eigenem Vermögen des Schuldners entgehen werde; wenn nun der ungewöhnliche, und auf singulären Rechtsgrundsätzen beruhende Fall eintritt, daß der Schuldner, während er noch unter väterlicher Gewalt steht, eigenes Vermögen erwirbt, und ein solcher Gläubiger bei der Befriedigung aus diesem Vermögen gegen andere Gläubiger zurückgesetzt wird; so kann er sich weder über Täuschung der Erwartung, die er beim Contrahiren gehabt, noch darüber beklagen, daß er wider Willen in diese Lage gekommen sey.

---

19) fr. 39. §. 4. D. de fam. herc. (10, 2), fr. 31. 37. D. de negot. gest. (3, 5); fr. 17. D. de test. mil. (29, 1); fr. 2. D. de condict. ob turp. caus. (12, 5); fr. 1. D. de legib. (1, 3) u. a. St. Brissonius de V. S. sub v. *Contrahere.*

Dieses Raisonnement rechtfertigt einigermaaßen [20]) eine Zurücksetzung derjenigen Gläubiger, welche ihre Forderungen, bevor der Haussohn Soldat wurde, durch Vertrag erworben haben, und etwa auch noch die Zurücksetzung derjenigen, welche ihre Forderungen vor dem gedachten Zeitpunkt durch Vertragsähnliche eigene Handlungen erworben haben, nicht aber die Zurücksetzung derjenigen, welchen sich der Haussohn, bevor er Soldat wurde, durch delicte oder sonst durch einseitige Handlungen obligirte. Ich kann mir durchaus keinen Grund denken, aus welchem diejenigen, gegen welche der filiusfamilias als Soldat oder später delinquirt hat u. dergl., besser behandelt werden sollten, als diejenigen, welche vorher schon in diese Lage versetzt worden sind.

§. 9.

Wir haben nun gesehen, welche Gläubiger als solche, qui cum eo contraxerunt, ante quam militaret, anzusehen, und deswegen zurückzusetzen sind. Es fragt sich aber auch: gegen wen stehen diese Gläubiger zurück? wer geht ihnen vor? Mir scheint es, sie stehen gegen alle andere Gläubiger des Haussohns zurück, mit Ausnahme derjenigen, welche auch zurückgesetzt werden, cum possint potius cum patre experiri. Von der Stellung der letzteren wird später die Rede seyn. Hier haben wir daher nur zu untersuchen, ob diejenigen, welche früher contrahirt haben, wirklich gegen alle übrige zurückstehen? Gegen diese so natürliche Annahme scheint freilich der Umstand zu sprechen, daß Ulpian nur von den castrensischen Gläubigern sagt, mit ihnen dürften sie nicht kommen. Bedenkt man, daß es nach

---

20) Als nothwendig stellt sich die fragliche Zurücksetzung freilich durch dieses Raisonnement nicht dar; da sie aber einmal gesetzlich ist, so kann man sich wohl zur Bekämpfung einer willkührlichen Interpretation auf dasselbe berufen.

dem Bisherigen eine Menge von nicht-castrensischen Gläubigern gibt, die den castrensischen gleichstehen, so kann man in jener Aeußerung nur den Sinn finden: diejenigen, qui ante contraxerunt, werden nicht neben die castrensischen Gläubiger locirt, sondern hinter dieselben, und folglich auch nicht neben, sondern hinter diejenigen, die neben den castrensischen ihren Platz haben. Dabei entsteht aber die Frage: tritt der Vorzug der nicht-castrensischen Gläubiger, die neben den castrensischen gerufen werden, vor denjenigen, qui ante contraxerunt, nur in dem Falle ein, wenn castrensische Gläubiger vorhanden sind, und also wirklich neben ihnen gerufen werden, oder geht ihre Gleichstellung mit den castrensischen Gläubigern so weit, daß sie, auch wenn letztere gar nicht existiren, ganz wie castrensische Gläubiger betrachtet, und also auch in diesem Falle denjenigen, qui ante contraxerunt, vorgezogen werden? Die Worte der Stelle nöthigen uns freilich nicht, auch in dem letzteren Falle diejenigen zurückzusetzen, qui ante contraxerunt; aber wenn wir es nicht thun wollten, so nähmen wir an, Ulpian habe den gewöhnlichen nicht-castrensischen Gläubigern eine wahre Zwitternatur zugeschrieben: er wolle sie zur stärkeren Gattung gezählt wissen, wenn auch andere dieser Gattung vorhanden seyen, dagegen zur schwächeren, wenn außer ihnen nur solche vorhanden seyen, die dieser angehören. Eine solche Zwitternatur, zu welcher sich in der ganzen römischen Jurisprudenz kein Seitenstück finden möchte, darf man wohl nicht annehmen, wenn es nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist. Dieses ist aber hier nicht der Fall. Denn Ulpian spricht nicht ausdrücklich von dem Verhältniß der gewöhnlichen nicht-castrensischen Gläubiger zu denjenigen, qui ante contraxerunt. Wenn wir daher (wie oben angedeutet wurde) in einem Fall genöthigt sind, diese gegen jene zurück zu setzen, so können wir die doppelte Natur nicht läugnen, ohne dieselbe Zurücksetzung auch in dem anderen Falle anzunehmen.

§. 10.

Die Ermittelung der Gläubiger, welche deswegen zurückgesetzt werden sollen, *cum possint potius cum patre experiri*, so wie die Untersuchung ihres Verhältnisses zu anderen Gläubigern, namentlich zu denjenigen, welche deswegen zurück zu setzen sind, weil sie vor dem Soldatenstand contrahirt haben, wird dadurch erschwert, daß uns der **Grund**, den **Ulpian** hier vor Augen hatte, nicht näher angegeben wird.

Darf man übrigens darauf Gewicht legen, daß nur im Concurs **eines** *filiusfamilias* die Zurücksetzung stattfinden soll, um welche es sich hier handelt, und zugleich darauf, daß sie nur in dem Falle stattfindet, wenn der **Vater** derjenige ist, gegen welchen der fragliche Gläubiger wegen versis in rem klagen kann, während doch diese Klage gar nicht voraussetzt, daß der eigentliche Schuldner in der väterlichen Gewalt desjenigen steht, gegen welchen sie stattfinden soll, so kann man mit einem hohen Grade von Wahrscheinlichkeit behaupten, daß der Grund in Folgendem liege: Derjenige, welcher eine Schuld unter Umständen contrahirt, welche bewirken, daß der Gläubiger gegen einen Anderen die actio de in rem verso anstellen kann, hat gegen diesen Anderen immer eine Forderung auf Ersatz der Verwendung, die aber dadurch aufhört, daß der Gläubiger von diesem selbst befriedigt wird. Diese Forderung ist, wenn die fraglichen Personen nicht im Verhältniß der väterlichen Gewalt mit einander stehen, **klagbar**, und zwar ist nach Verschiedenheit der Umstände bald die actio mandati contraria, bald die actio tutelae contraria, bald die actio negotiorum gestorum contraria zulässig. Macht nun im Concurs über das Vermögen des eigentlichen Schuldners, der Gläubiger seine Forderung geltend, statt die actio de in rem verso anzustellen, was er, wenn er anders denjenigen, gegen welchen er diese Klage anstellen könnte, für solvent hält, wegen der Concur-

renz anderer Gläubiger, die er sich im Concurs gefallen lassen muß, gewöhnlich nicht thun wird; so können die Concursgläubiger vermittelst der sonst dem Gantmann zustehenden Klage verlangen, daß die Verwendung ersetzt werde. Auf diese Weise können die übrigen Concursgläubiger, vorausgesetzt, daß der, gegen welchen geklagt wird, solvent ist, nicht nur den Schaden von sich abwenden, der ihnen von dem fraglichen Gläubiger dadurch zugefügt wird, daß er die Concursmasse zu seiner Befriedigung wählt, statt die actio de in rem verso anzustellen, sondern ein Theil der Gläubiger kann leicht auch noch gewinnen, nämlich alle diejenigen, welche dem fraglichen nicht nachstehen, sondern entweder vorgehen, oder doch gleichstehen. Anders verhält sich aber die Sache, wenn der eigentliche Schuldner in der väterlichen Gewalt desjenigen steht, der mit der actio de in rem verso belangt werden kann. Hier haben die Gläubiger des ersteren eben so wenig die actio mandati, oder negotiorum gestorum contraria u. s. w., als er selbst. Wollte man daher hier dem Gläubiger, der die in rem versio möglich gemacht hat, die ihm sonst zustehende Wahl zwischen der actio de in rem verso und der Klage gegen die Concursmasse gestatten, auch wenn die erstere von Erfolg seyn würde; so überließe man es der Willkühr eines solchen Gläubigers, ob der Vater die Verwendung ersetzen soll, oder die Concursgläubiger, ob also jenem ein ungerechter Gewinn gelassen, und diesen ein unbilliger Schaden aufgebürdet werden soll oder nicht; man erlaubte mit andern Worten einem solchen Gläubiger, zu bewirken, daß sich der Vater mit dem Schaden der übrigen Gläubiger auf eine Weise bereichere, wie es nicht geschehen könnte, wenn der Cridar nicht sein Haussohn wäre. Diese Ungleichheit zwischen den Gläubigern eines homo sui juris und den Gläubigern eines mit einem castrense peculium versehenen filiusfamilias konnte auf zweierley Weise gehoben werden. Man konnte erstens mit Rücksicht auf die besondere juristische Eigenschaft des

castrensischen Peculiums, woraus der fragliche Gläubiger seine Befriedigung erlangt, dem Sohne, oder doch in dem Concurs dessen Gläubigern, die Klage gegen seinen Vater geben, die er sich gefallen lassen mußte, wenn er die väterliche Gewalt nicht hätte; und man konnte zweitens den fraglichen Gläubiger, so weit er durch Belangung des Vaters zur Bezahlung gelangen kann, an diesen verweisen. Diese Betrachtungen scheint Ulpian angestellt zu haben, als er unsere Stelle niederschrieb. Er erklärte sich, wiewohl nicht entschieden, für das zweite Mittel. Und Justinian erhebt die unentschiedene Ulpian'sche Behauptung durch Aufnahme derselben in die Pandekten zum Gesetze.

§. 11.

Die Gläubiger, welche nach dem jetzt in Frage stehenden Theil unserer Stelle zurückgesetzt werden müssen, möchten theils solche seyn, von welchen die Stelle wirklich redet, theils solche, auf welche sie analog anzuwenden ist.

Wir haben daher zuerst nach jenen, und dann nach diesen zu fragen. Geredet wird in der Stelle nur von demjenigen Gläubiger, welcher, weil eine Verwendung zum Besten des Vaters Statt gefunden hat, gegen diesen klagen kann. Ob dieser Gläubiger nur in so weit zurückzusetzen ist, als er seine Befriedigung von dem Vater wirklich erzwingen kann, d. h. so weit die Verwendung geht, und der Vater solvent ist, oder ob er ohne Rücksicht auf diese beiden Umstände mit seinem ganzen Anspruch zurückgesetzt werden soll; wird nicht ausdrücklich gesagt. Da übrigens die Aeußerung: cum possit potius cum patre experiri, gewiß nicht den Sinn haben kann: „da es ihm erlaubt ist, es mit einer Klage gegen den Vater zu versuchen," indem man ihn in diesem Sinne auch an jeden dritten verweisen könnte; und da der oben entwickelte Grund nur so weit eintritt, als jene beiden Umstände zusammentreffen, indem die Gläubiger im entgegengesetzten Falle, auch wenn der Gemeinschuldner nicht in der

väterlichen Gewalt des nebenher Verpflichteten stände, keine Klagen gegen diesen hätten; so kann man wohl ohne Bedenken annehmen, daß der Gläubiger nur soweit zurückgesetzt werden muß, als er der Verwendung wegen gegen den Vater klagen kann, und dieser solvent ist.

Eine analoge Anwendung auf andere in dem Gesetz nicht genannte Fälle, hat deswegen ihre große Schwierigkeit, weil wir über den Grund der fraglichen Bestimmung keine bestimmte Nachricht haben. Ist das, was ich oben herausgehoben habe, wirklich die ratio legis, so ist eine Ausdehnung auf den Fall, wenn die actio de in rem verso gegen einen anderen als den Inhaber der väterlichen Gewalt begründet ist, nicht zulässig, indem gegen einen solchen der Gemeinschuldner und eben deswegen auch die Concursmasse auf Ersatz der Verwendung klagen kann. Dagegen möchten unter den Fällen, in welchen der Gläubiger gegen denjenigen, in dessen väterlicher Gewalt der Gemeinschuldner steht, andere s. g. actiones adjectitiae qualitatis, als die actio de in rem verso, hat, einige seyn, die sich zu einer analogen Anwendung eignen. Vor Allem möchte der Fall hierher gehören, wenn das dem Vater gehörige Peculium durch Contrahirung der Schuld bereichert worden ist. Freilich ist hier die actio de in rem verso nicht begründet, indem die versio in peculium nicht als wahre versio in rem patris angesehen wird [21]). Allein diese Bestimmung hat offenbar keinen anderen Sinn als den: der Vater soll nicht genöthigt seyn, aus seinem sonstigen Vermögen noch zu dem Peculium zuzulegen, um Gläubiger, durch welche Verwendungen auf das Peculium bewirkt worden sind, zu befriedigen; so weit aber das Peculium reicht, kann er belangt werden, nämlich mit der actio de peculio. Insoweit nun der Gläubiger mit dieser Klage dasjenige, was auf das Peculium verwendet wor-

21) fr. 3. §. 1. 5. fr. 5. §. 3. fr. 6. 11. D. de in rem verso (15, 3); fr. 3. §. 7. D. de peculio (15, 1).

den ist, zu erlangen im Stande ist, insoweit spricht ganz derselbe Grund für seine Zurücksetzung in dem Concurs des Sohnes, wie bei der actio de in rem verso. Auch hier hätte die Masse gegen den Vater eine Klage, wenn er nicht die väterliche Gewalt hätte: nämlich entweder die gewöhnliche actio negotiorum gestorum oder mandati contraria, oder wäre der Gegenstand, auf welchen die Verwendung geschehen ist, ein in den Händen eines Anderen befindliches Peculium, die actio negotiorum gestorum oder mandati contrario *de peculio*; diese Klage fällt aber weg, weil der Gemeinschuldner in der väterlichen Gewalt des zu Belangenden steht. Bedenklicher möchte eine analoge Anwendung unserer Stelle auf den Fall seyn, wenn der Gläubiger die actio de peculio hat, ohne daß eine Verwendung auf das Peculium stattgefunden hat. Hier kann man nämlich nicht sagen, daß die Masse eine Klage gegen den Vater haben würde, wenn dieser nicht den Gemeinschuldner in seiner väterlichen Gewalt hätte. Und dazu kommt noch, daß, wenn ein dem Vater gehöriges Peculium des Gemeinschuldners vorhanden ist, fast alle Vertragsgläubiger des letzteren in dieser Lage sind, und daher Ulpian es unmöglich hätte übergehen können, wenn diese sämmtlich zurückzusetzen wären. Die actio exercitoria und institoria, so wie überhaupt die Klage gegen den Vater als Mandant in eigener Angelegenheit möchte bei Anwendung unserer Stelle der actio de in rem verso gleich zu stellen seyn: indem dort wie hier der Masse eine Klage gegen den Vater zustehen würde, wenn nicht der Gemeinschuldner in seiner väterlichen Gewalt stünde. Freilich wird aber der Gläubiger sich hier selten an die Concursmasse halten können [22]). Dagegen eine aus einer Angelegenheit des Sohnes herrührende actio *quod jussu* möchte wieder keinen

---

22) Wegen der Bestimmung, die enthalten ist in fr. 67. D. de procuratorib. (3, 3), in fr. ult. D. de institutor. act. (14, 3), und in fr. 4. pr. D. de re judic. (42, 1).

Grund enthalten. Den Gläubiger zurück zu setzen, außer wenn der Fall von der Art ist, daß der Vater, wenn er die väterliche Gewalt nicht hätte, wegen Rathsertheilung belangt werden könnte. Denn in allen übrigen Fällen hätte der jussus von Seiten des Vaters, auch wenn er die väterliche Gewalt nicht hätte, die Wirkung nicht, daß der Sohn und resp. die Concursmasse ihn belangen könnte.

§. 12

Die Frage: gegen wen sind diejenigen Gläubiger zurückgesetzt, von welchen man sagen kann: possunt potius cum patre experiri? kann auch so ausgedrückt werden: wem räumt unsere Stelle das jus eis contradicendi, ne castrense peculium inquietent, ein? Dem Gantmann selbst räumt sie es nicht ein, wenn mir der Beweis, den ich oben zu führen versucht habe, gelungen ist [23]). Also nur

23) Meine Argumentation (§. 7.) ist auf den Satz gebaut, daß die Gläubiger, von welchen hier die Rede ist, außer dem Concurse das castrensische Peculium angreifen können. Dieser Satz ist in den einschläglichen Stellen, wenn man von der unsrigen absieht, wirklich enthalten. Jedoch ist er nicht speciell ausgesprochen, sondern er liegt nur in der im fr. 7. D. de castr. pec. enthaltenen allgemeinen Regel. Wenn ihn nun unsere Stelle aufhöbe, so enthielte sie in dieser Beziehung nur eine Ausnahme von dem Inhalt des fr. 7. und stände also nicht gerade damit in Widerspruch. Aber sehr sonderbar wäre es gewiß, wenn ein Gläubiger, der nach fr. 57. D. de judiciis verlangen kann, daß der Schuldner verurtheilt werde, nach geschehener Verurtheilung aus dem einzigen eigenen Vermögen, welches sein Schuldner haben kann, und bei welchem sonst alles gilt, was von dem gewöhnlichen Vermögen eines paterfamilias auch gilt, keine Befriedigung sollte verlangen können. Fragen wir nun: ob unsere Stelle diese Sonderbarkeit wirklich enthält? so ist vor Allem zu bemerken, daß sie nur vom Concurse ausdrücklich spricht, und man also auf keinen Fall anders, als durch einen Schluß von demjenigen, was im Concurse gilt, auf dasjenige, was außer dem-

anderen Gläubigern. Aber welchen? Darüber kann man streiten. Für die Meinung, daß nur diejenigen Gläubiger dieses Recht haben, die auch denjenigen vorgehen, welche, bevor der Gläubiger Soldat wurde, mit ihm contrahirt haben, scheinen zwei Gründe zu sprechen. Den einen kann man darin finden, daß in der ganzen Stelle keine andere Frage aufgeworfen zu werden scheint, als die: wer steht den castrensischen Gläubigern gleich und wer nicht? Und ein zweiter Grund scheint in der Art zu liegen, wie Ulpian von demjenigen, was er über die Gläubiger, die früher contrahirt haben, sagt, auf die mit einer actio de in rem verso versehenen übergeht. Er geht nämlich mit den Worten auf diese Gläubiger über: *Item* si quid in rem patris versum est. Für die Ansicht dagegen, daß die hier in Frage stehenden Gläubiger auch gegen die, welche früher contrahirt haben, zurückstehen, also eine dritte Hauptklasse bilden, für diese Ansicht scheinen die Worte: forte poterit creditori contradici, ne castrense peculium inquietet, zu sprechen, welche das Recht des Widerspruchs auf keine besondere Klasse von Gläubigern ausdrücklich beschränken, so wie auch der wahrscheinliche Grund des Gesetzes.

---

selben gilt, zu einem solchen Resultate kommen könnte. Es ist aber durchaus nicht wahrscheinlich, daß ein an sich so sonderbarer Satz auf eine Weise in den Pandekten enthalten seyn sollte, bei der uns seine Auffindung nur auf einem so sonderbaren Wege möglich wäre. Es ist mit andern Worten durchaus nicht wahrscheinlich, daß uns durch die Worte: „poterit contradici creditori, ne castrense peculium inquietet,“ gesagt werden sollte: „ein solcher Gläubiger ist vom Concurs über das castrensische Peculium ausgeschlossen;“ wodurch wir dann genöthigt wären zu folgern, daß er sich auch außer dem Concurse nicht an dieses Peculium halten könne. Wenn man nun noch bedenkt, daß in unserer Stelle vorher, (wie aus einer Vergleichung mit dem fr. 7. hervorgeht) offenbar nur von dem Verhältniß zwischen einzelnen Arten von Concursgläubigern die Rede ist, und daß Ulpian mit dem Worte Item zu dem